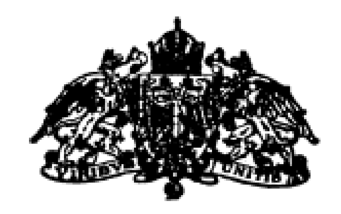
Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht

Herausgegeben von

Edmund Bernatzik
Max Ritter Hussarek von Heinlein
Heinrich Lammasch
Adolf Menzel

Erster Jahrgang.



Wien, 1914
Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung
I., Kohlmarkt 20.

Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung.

Von **Alfred v. Verdroß.**

I. „Gesetzliche Gebundenheit", „gebundenes (richterliches) Ermessen" und „freies Ermessen".

Der Wunsch nach Revision des kontinentalen Rechtsanwendungssystems war es, der die sogenannte Freirechtsbewegung ins Leben rief. Zwar segeln unter diesem Sammelnamen weit auseinandergehende Anschauungen und Wünsche, von den bescheidenen Strömungen nach einer freieren Stellung des Richters bis zur radikalen Forderung „Los vom Gesetz", alle sind sich aber darin einig, daß sie eine Änderung in der Stellung des Rechtsanwenders zu den Rechtsquellen anstreben. Hiebei ersparen sie der Justiz in den Staaten mit kodifiziertem Recht nicht den Vorwurf, daß diese statt aus dem Rechtsgefühle heraus ihre Entscheidungen zu fällen, jedes ihrer Erkenntnisse durch eine Gesetzesmarke zu decken suche.

Demgegenüber wird auf die freie Stellung des Richters in den Ländern des common law verwiesen und die schöpferische Tätigkeit der römischen Juristen als Muster hingestellt.[1])

Ehrlich[1]), der neben Gény[2]) als Begründer dieser Schule gelten kann, setzt so zwei Gruppen von Völkern einander gegenüber, für welche er diametrale Gegensätze in der Form der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten aufzuzeigen glaubt. Während man es nämlich in den Ländern der freien Rechtsfindung als Aufgabe des Richters betrachte, „eine billige, den Umständen des einzelnen Falles angepaßte Entscheidung zu fällen"[3]), bestehe in

---

[1]) Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft 1903.

[2]) Gény, Méthode d'interprétation et sources du droit 1899.

[3]) Ehrlich, a. a. O., S. 1.

den Staaten mit kodifiziertem Rechte „die Forderung, daß jede Entscheidung eines Rechtsstreites aus feststehenden Grundsätzen des geltenden Rechtes abgeleitet sei."[4]) Hier herrsche gebundene, dort freie, hier technische, dort schöpferische Rechtsfindung.

Bindung an Rechtsnormen und Freiheit von solchen scheint so auf den ersten Blick den gezeichneten Unterschied auszumachen.

Doch gleich schränkt Ehrlich seine obige Behauptung wieder ein. Denn auch für die Länder der freien Rechtsfindung wird zugegeben, daß der Richter „an das Gesetz, ja selbst an Gewohnheitsrecht, Überlieferung und in früheren Entscheidungen ausgesprochene Grundsätze gebunden"[3]) sei; nur werde das hier „nicht als Grundlage der Entscheidung angesehen"[3]), sondern eher als Grenze, bis zu der die Freiheit des Richters reiche, wobei ihm als Richtschnur nur der Grundsatz diene, „daß die Entscheidung nach den Regeln der juristischen Kunst gefunden werden müsse".[3]) Freiheit innerhalb der vom gesetzten und ungesetzten Rechte gezogenen Schranken bilde demnach das Charakteristikum der Länder der freien Rechtsfindung.

Auf dem europäischen Festlande dagegen sei man geneigt, „im Rechte ein vollständiges System von Rechtsvorschriften zu erblicken, indem jeder auch nur denkbarer Rechtsfall vorbedacht und vorentschieden"[5]) sei. Klarer präzisiert Laun den Standpunkt des alten Rechtsanwendungssystems, welches eine vollständige Determinierung des Rechtsanwenders annimmt. Sofern nämlich nicht dem Organe im öffentlichen Interesse freies Ermessen eingeräumt sei, was in der Regel nur beim Verwaltungsbeamten zutreffe, habe die Rechtsanwendung „nur im Geiste und im Sinne des gesetzlichen Willens"[6]) zu erfolgen, mag auch das Gesetz sich unklar aussprechen oder einen Fall überhaupt nicht regeln. Der Richter müsse im Geiste des Gesetzes vorgehen und „ohne Rücksicht auf das, was er selbst für zweckmäßig, billig usw. hält, lediglich das vollziehen, was nach seinem besten Wissen und Gewissen der Gesetzgeber angeordnet hätte, wenn er den konkreten Fall statt durch eine abstrakte Norm, durch ein Individualgesetz geregelt hätte".[7]) „Der Richter soll", schreibt Ihering", gewissermaßen nichts sein, als das lebendig gewordene,

---

4) Ehrlich, a. a. O., S. 4.
5) Ehrlich, a. a. O., S. 2.
6) Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen 1910, S. 59.
7) Laun, a. a. O., S. 56.

in seiner Person der Sprache teilhaftig gewordene Gesetz".[8]) Jede Entscheidung sei daher „stets theoretisch eindeutig bestimmt"[9]), da „sie eine Schlußfolgerung sein muß in einer logischen Reihe, in der eine Rechtsregel den Obersatz, der Rechtsfall den Untersatz bildet".[10]) Wenn sich nun im konkreten Falle Zweifel ergeben, was der gesetzgeberische Wille sei, so könne und müsse er — mag die Ermittlung noch so schwierig sein — durch „Paragraphenschachspiel"[11])[13]) und alle sonstigen Mittel der juristischen Kunst gefunden werden. Vorgehen nach richterlichem Ermessen sei also nur jene Anwendung von Rechtsnormen, welche die Verwertung von komplizierten oder schwer zu ermittelnden Erfahrungssätzen erfordert. Laun nennt es daher mit Otto Mayer das „gebundene Ermessen" und leugnet jeden prinzipiellen Gegensatz zwischen ihm und der strikten Gebundenheit. Rechtsprechen sei eben eine rein logisch vollziehbare Tätigkeit, weshalb jede Lösung infolge ihrer objektiven Bestimmbarkeit juristisch als die einzig richtige gelten müsse.

Dieser gebundenen Gerechtigkeit der Justiz wird die freie, schöpferische, nach Zweckmäßigkeit vorgehende Verwaltung gegenübergestellt. Um sich nämlich „den wechselnden Forderungen des Augenblickes anpassen zu können"[12]), räume der Staat, wenn er nicht im stande ist, im voraus die Norm festzusetzen, der Verwaltungsbehörde freies Ermessen ein, sobald das öffentliche Interesse dies erheischt.

Diesem Problem des freien Ermessens hat die Verwaltungsrechtswissenschaft eingehende Untersuchungen gewidmet, während das richterliche Ermessen kaum beachtet wurde.

Erst die Freirechtsbewegung hat auch für den Richter eine ähnliche freie Stellung zur Rechtsordnung gefordert, wie sie dem Verwaltungsbeamten durch das freie Ermessen eingeräumt sei. Neben diesen rechtspolitischen Bestrebungen hat sie aber, wenn auch vermengt, mit Betrachtungen de lege ferenda, der lex lata gegenüber ihr Augenmerk nicht verschlossen und so die Frage des richterlichen Ermessens in den Vordergrund der Diskussion gerückt.

Nachdem man nun von zwei Seiten aus dem Problem des behördlichen Ermessens bei der Rechtsanwendung nahegerückt

---

[8]) Ihering, Der Zweck im Rechte I, S. 302.
[9]) Laun, a. a. O., S. 53.
[10]) Ehrlich, a. a. O., S. 4.
[11]) Laun, Archiv für öffentliches Recht, Bd. 30, S. 402.
[12]) Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, S. 62.
[13]) Vgl. Fuchs, Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, S. 73.

war[14]), drängte sich von selbst das Bedürfnis auf, das Ermessen in Verwaltung und Justiz im Verhältnisse zueinander zu untersuchen, wobei aber eine Klärung der Ansichten noch durchaus nicht erreicht wurde.

Vielmehr können drei Hauptgruppen von Lehrmeinungen konstatiert werden: die eine faßt Gesetzesanwendung und Vorgehen nach freiem Ermessen als vollkommene Gegensätze auf. Die zwei anderen sind sich zwar darin einig, daß sie ein gemeinsames Band zur Rechtsordnung anerkennen, sonst aber auseinandergehen, indem die hauptsächlich von Zorn und Bernatzik vertretene Richtung nur einen stufenweisen Übergang vom freien Ermessen zur gesetzlichen Gebundenheit annimmt, daher zwischen richterlichem und Verwaltungsermessen keinen Qualitätsunterschied finden kann, während die dritte zwischen gebundenem Ermessen und gesetzlicher Gebundenheit einerseits und dem freien Ermessen andrerseits prinzipiell unterscheidet.

Aufgabe dieser Ausführungen kann es natürlich nicht sein, das Problem des freien Ermessens in seiner Totalität aufzurollen, es soll vielmehr, dem Titel entsprechend, nur soweit beleuchtet werden, als die Freirechtstheorie eine Stellungnahme dazu veranlaßt. Dies um so mehr, als sich in letzterer Zeit zwei Autoren, Laun und Walter Jellinek mit diesem Gebiete eingehend dogmatisch beschäftigt haben, welche zwei Arbeiten als die modernsten und erschöpfendsten, auch am meisten zu berücksichtigen sein werden.

Besonders wurde von einer Orientierung auf den Verwaltungsgerichtshof hin — welche in den eben erwähnten Arbeiten überwiegt — vollständig abgesehen und das freie Ermessen bloß als ein für die allgemeine Rechtslehre relevanter Begriff in Betracht gezogen.

II. Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitshandlung.

Hier muß vor allem in Kürze zu jener Lehre Stellung genommen werden, die die Rechtsanwendung in Gegensatz zum Vorgehen nach freiem Ermessen setzt, indem sie im freien Ermessen eine ganz selbständige Kategorie erblickt. Nach ihr beruht nämlich das Abweichende der Rechtspflege von sonstigen Zweigen der Staatstätigkeit darauf, „daß sie ausschließlich das Recht verwirklichen soll[15]), während die Verwaltungsbehörde zwar

[14]) Vgl. Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung 1913, S. 2.

[15]) Ihering, Der Zweck im Recht, S. 301/2.

auch verpflichtet sei, das Recht zur Anwendung zu bringen, soweit es reiche, wozu sich aber „als zweiter Faktor noch die Zweckmäßigkeit“[16]) geselle.

Diese Gegenüberstellung von Recht und Zweckmäßigkeit muß entschieden abgelehnt werden. Denn auch die Handlung eines Verwaltungsbeamten nach freiem Ermessen kann nur dann als Staatshandlung erklärt werden, wenn die Rechtsordnung ihn zum Vorgehen nach freiem Ermessen ermächtigt. Denn im Rechtsstaate kann — ein anderer Staat ist aber juristisch nicht faßbar —, wie Kelsen durch seine grundlegenden Forschungen bewiesen hat, nur ein positiver Rechtssatz darüber entscheiden, „was als Handlung des Staates zu gelten hat“.[17]) Die Kompetenz jedes Staatsorganes muß also „auf einen Rechtssatz begründet werden . . . ., denn nur auf Grund eines Rechtssatzes lassen sich solche Akte der Staatsperson zurechnen, als Staatsakte oder kompetenzmäßige Organtätigkeit nachweisen“.[18])

Nur wenn sich in der Rechtsordnung ein Satz findet, der eine nach freiem Ermessen vorgenommene Handlung eines Organs zur Staatshandlung erklärt, kann daher die Tätigkeit des betreffenden Organs dem Staate zugerechnet werden. Ist dies aber der Fall, dann ist die nach freiem Ermessen vorgenommene Verwaltungshandlung ebenso Rechtsanwendung wie die, sei es auch viel gebundenere, des Richters. Es bleibt das hervorragende Verdienst Bernatziks, zuerst ausgesprochen zu haben, daß die Verwaltung auch beim Vorgehen nach freiem Ermessen durch Rechtsnormen gebunden ist.[19]) Nur ist es vor allem ein materielles Element, das ihn zu diesem Schlusse kommen läßt. Daß nämlich die Entscheidung nie in subjektive Belieben eines Organs gesetzt sei, sondern immer im öffentlichen Interesse zu erfolgen habe, veranlaßt ihn, eine, wenn auch nicht präzise Bindung anzunehmen; während doch auch eine vollkommene Willkürhandlung — etwa in einer Despotie — durch einen Rechtssatz zur Staatshandlung erklärt werden könnte.

Daher ist Tezner vollkommen beizustimmen, „daß selbst, wenn alle Akte . . . wirklich nur vom Gebote der Zweckmäßigkeit beherrscht wären, „sich schon mit diesem Gebote die Annahme

---

[16]) Ihering, a. a. O., vgl. Stier-Somlo, Freies Ermessen, S. 451ff. — Piloty, Jahrbuch des öffentlichen Rechtes der Gegenwart III, S. 261.

[17]) Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 463f.

[18]) Vgl. Kelsen, a. a. O., S. 501ff. Vgl. S. 555.

[19]) Vgl. Bernatzik, Rechtssprechung und materielle Rechtskraft 1886, S. 39ff.

der Freiheit eines handelnden Organes nicht vereinigen ließe, da dieses Gebot, soll ihm irgend welche Wirksamkeit zukommen . . . als ein Bestandteil der Rechtsordnung selbst angesehen werden muß".[20]) Denn juristisch einzig und allein relevant ist eben, wie erst Kelsen[21]) in voller Schärfe erkannt hat, die Beziehung einer Handlung zur Rechtsordnung. Findet sich nämlich ein Rechtssatz, der sagt, daß ein Organ nach freiem Ermessen vorgehen soll, dann erklärt die Rechtsordnung im vorhinein diese Handlung zum Staatsakte, die Vollziehung desselben ist daher eine Rechtsanwendung, da sie ja nur den im Gesetze, wenn auch noch so vag erklärten Willen erfüllt. Denn, „daß der Staat in dieser Richtung tätig sein will"[22]), muß in der Rechtsordnung festgelegt sein, wenn auch das Wie und Wann dem Staatsorgane überlassen werden kann, da ja schon durch die Bestimmung des Daß ein Wille des Staates unter bestimmten — näher vom Organe zu bezeichnenden — Umständen zu handeln vorliegt.[23]) Fehlt dagegen die Beziehung zur Rechtsordnung, so ist die Handlung eines Organes überhaupt keine Staatshandlung, sondern eine Privathandlung, da kein Erkenntnisgrund vorhanden ist, kraft welches diese Handlung dem Staate zuzurechnen wäre. Denn die Rechtsnorm ist der einzige Maßstab, an dem erkannt werden kann, ob eine menschliche Handlung zur Organhandlung erklärt und somit zur Staatshandlung erhoben wird.

Freies Ermessen und Rechtsanwendung können so keineswegs einen Gegensatz im obigen Sinne bilden, sondern die freie Ermessenshandlung könnte sich nur — unter vorläufiger Annahme der Richtigkeit der übrigen Behauptungen der bekämpften Theorie — als eine Art der Rechtsanwendung darstellen. Die Staatsakte würden dann in zwei Gruppen zerfallen: in solche, die auf gebundener Route und in solche, die nach freiem Ermessen vorgenommen werden.

Soll daher ein Ermessensakt überhaupt eine Staatshandlung sein, so muß gezeigt werden, daß diese in Ermächtigung der Rechtsordnung und in Erfüllung einer Rechtspflicht geschieht. Vollkommen falsch wäre es dagegen, aus der „Natur der Verwaltung" heraus die Berechtigung, nach freiem Ermessen vorzugehen, kon-

---

[20]) Tezner, Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grundlage der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte 1888, S. 11.

[21]) Vgl. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 491 ff.

[22]) Kelsen, a. a. O., S. 499.

[23]) Vgl. Kelsen, a. a. O., S. 289, 499 ff., 513 f.

struieren zu wollen. Denn mag das freie Ermessen auch ein „Lebenselement der Verwaltung“[24]) sein, so kann dennoch das Verwaltungsorgan, wie jedes Staatsorgan keine Ermächtigung aus der „Natur der Sache“ oder aus dem sogenannten „natürlichen Rechtsgrundsätzen“[25]), sondern nur aus der Rechtsordnung ableiten. Eine andere als eine „gesetzmäßige Staatsverwaltung“ ist daher im Rechtsstaate eine rechtslogische Unmöglichkeit.[26])

III. Freies und gebundenes Ermessen in Justiz und Verwaltung und das „öffentliche Interesse“.

Nach prinzipieller Klärung des vorhergehenden Streitpunktes kann zur näheren Untersuchung des freien Ermessens geschritten werden.

Freies Ermessen liegt nach Laun dann vor, wenn die Organe der vollziehenden Gewalt ermächtigt werden, „nach ihrer eigenen pflichtmäßigen Ansicht und ihrem eigenen pflichtmäßigen Wollen selbst zu bestimmen, was der nächste unmittelbare Zweck ihres Handelns sein soll“.[25]) Nicht der Gesetzgeber stelle hier also fest, was öffentliches Interesse sei, sondern die Behörde habe aus eigener Machtvollkommenheit zu bestimmen, „worin in der konkreten Angelegenheit das öffentliche Interesse“ bestehen soll.[27]) Hier liefere die Rechtsordnung nicht den Obersatz, sondern derselbe werde von der Anschauung des handelnden Organes über politische oder administrative Opportunität gebildet. „Die Kategorie des öffentlichen Interesses steht also im prinzipiellen Gegensatz zu allen übrigen vom Gesetze verwendeten Kategorien. Alle übrigen bedeuten Gebundenheit, diese bedeutet die Negation jeder Bindung, sie bedeutet die Freiheit der vollziehenden Gewalt von der Gehorsamspflicht gegen die gesetzgebende.“[28]) Denn die Norm, „welche freies Ermessen gewährt, gibt der vollziehenden Gewalt gleichsam eine Biankovollmacht“ „und die Verwaltung hat das Vakuum nach eigener Überzeugung auszufüllen. Sie bildet hier neuen Staatswillen, welcher dem im Gesetze verkörperten Staatswillen ebenbürtig zur Seite tritt“.[29])

---

[24]) Prof. Dr. Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, 2. Aufl. 1912, S. 6.

[25]) Laun, a. a. O., S. 62.

[26]) Vgl. Kelsen, a. a. O., S. 465.

[27]) Laun, a. a. O., S. 70.

[28]) Laun, a. a. O., S. 70.

[29]) Laun, a. a. O., S. 70.

Vergleicht man damit die früher vorgeführte Darstellung des sogenannten gebundenen Ermessens, so ergibt sich, daß Laun den Unterschied zwischen gebundenem und freiem Ermessen darin sieht, daß bei diesem im Gegensatz zu jenem, „nicht der gesetzliche, sondern der behördliche Wille bestimmt, was öffentliches Interesse ist".[30] [31]) Er stellt sich also im Sinne der materiellen Lückenlosigkeitstheorie einen Gesetzgeber vor, der, sofern er nicht im öffentlichen Interesse den Willen einer Behörde als maßgeblich erklärt, für alle erdenklichen Fälle eine bestimmte Lösung will, diese also potentiell im Gesetze enthalten ist, weshalb er auch in diesem Sinne die Entscheidung verlangt. Dieser Wille des Gesetzgebers brauche nur durch logische Interpretation ermittelt zu werden.

Dieser Anschauung kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Personifiziert man nämlich das Gesetz, so darf man es deswegen noch nicht mit einem psychischen Willen begabt denken und muß sich dessen klar bleiben, daß damit ja nur die Widerspruchslosigkeit der Rechtssätze untereinander zum Ausdruck kommen soll. Denn zu nichts anderem, als um sich die logische Geschlossenheit des Rechtssystems bildlich vorzustellen, ist der übrigens ganz unzulängliche Anthropomorphismus zulässig. Der Wille des Gesetzgebers ist so nur der Ausdruck dafür, daß alle Rechtssätze von einer Person, nämlich vom Staate getragen erscheinen und daher als widerspruchslos gedacht werden müssen.[32]) Wenn das Gesetz nun vom Gesetzgeber losgelöst und ganz in seiner Selbständigkeit betrachtet wird, so springt die Unmöglichkeit ins Auge, diesem Normenkomplexe einen psychischen Willen oder eine Absicht oder einen Zweck zuzuschreiben. Denn die Rechtsordnung, die ja selbst nur Mittel ist, durch welches die Gesellschaft ihre Wünsche und Ziele realisiert, kann doch selbst nicht etwas wollen. Nicht sie bezweckt, sondern durch sie wird bezweckt. Denn einen psychischen Willen haben und Zwecke setzen kann nur ein beseeltes Individuum, nicht aber eine Norm.[32])

Setzt man aber an Stelle des Gesetzes den Gesetzgeber, also jene Person, welche mit der Redaktion des Entwurfes und mit der Bestimmung des Gesetzinhaltes betraut waren, so ist es eine Fiktion, einen einheitlichen Willen derselben anzunehmen oder

---

30) Laun, a. a. O., S. 76.

31) Vgl. Thoma, Verwaltungsarchiv XX, S. 445f. — Fleiner, a. a. O., S. 119f., 215.

32) Vgl. Kelsen, a. a. O., S. 163ff.

an bestimmte Zwecke zu denken, die dieselben mit den Rechtssätzen verwirklichen wollten. Geradezu absurd, weil allen Gesetzen der Psychologie hohnsprechend, ist es aber, zu behaupten, daß sie für jeden Streitfall eine ganz bestimmte Lösung wollten, die dann vom Rechtsanwender nur dynamisch aus der Rechtsordnung zu holen sei. Es ist daher Wurzel beizupflichten, daß das juristische Denken „keineswegs seine Funktion in der Erforschung eines real gewesenen Willens (des Gesetzgebers)“[33]) erschöpft, daß vielmehr „die ungeheure Mehrzahl der Tatsachen und Tatsachenkombinationen, die dem Juristen als Vorwurf dienen, von keinem Willen (Vorstellungsgehalte des Gesetzgebers) so vorausgesehen“[33]) war, „daß eine simple Subsumption die Lösung ergebe“.[33])

Aber ganz abgesehen davon ist juristisch auch vollkommen gleichgültig, was die Kodifikatoren wollten[34]), da als Recht nur das erkannt werden kann, was in der Rechtsordnung — wenn auch nicht verbis expressis, so doch in unzweifelhafter Weise — zum Ausdruck gekommen ist. Läßt daher ein Rechtssatz — ohne daß man seinem Sinne Gewalt antut und ohne teleologische Pressung — mehrere Auslegungen zu, eröffnet er mehrere Möglichkeiten, so ist kein Erkenntnisgrund dafür gegeben, welche von ihnen rechtlich vorgenommen werden soll.[35]) Es ist daher nicht richtig, wenn Spiegel behauptet, daß es Fälle gibt, „in welchen das Gesetz für sich allein zur Lösung einer Rechtsfrage nicht ausreicht“[36]), was er aus seiner richtigen Annahme, daß man oft auf Grund des Gesetzes so oder anders entscheiden könne, folgert. Alle diese Entscheidungen sind vielmehr rechtsgemäß, da sie eben mit dem Rechtssatz in Einklang stehen und ein anderes Kriterium zur Überprüfung der Rechtlichkeit nicht gegeben ist.

Zur Erkenntnis des Rechtes müssen so jene Normen genügen, die in der Rechtsordnung enthalten sind. In jenen Staaten nun, in denen die Behörde das Gesetz anzuwenden verpflichtet ist, sind es nur die in diese Form gekleideten Normen, welche als Recht erkannt werden können. Hiebei bleibt es natürlich gleichgültig, ob diese Normen im Gesetze selbst enthalten sind, oder

---

[33]) Wurzel, Das juristische Denken, S. 50. — Vgl. Zitelmann, Lücken im Recht, S. 34f. — Spiegel, Gesetz und Recht, 1913, S. 139.

[34]) Vgl. Kraus, Grünhuts Zeitschrift, Bd. 32, S. 631. — Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, S. 456f. — Lukas, Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers, S. 401.

[35]) Vgl. Zitelmann, „Lücken im Recht“, S. 27.

[36]) Spiegel, „Gesetz und Recht“, 1913, S. 69.

ob dasselbe — wie W. Jellinek richtig ausführt[37]) — auf sie verweist[38]), indem es entweder Organe mit der materiellen Normensetzung betraut oder bereits anderswo feststehende Sätze zu den seinigen erhebt. Andere, nicht in Gesetzesform erscheinende Normen können dagegen im Gesetzesstaate keine Rechtsnormen sein. Denn es ist rechtslogisch unmöglich, daß gleichzeitig zwei formell aus verschiedenen Quellen fließende Normen Recht und Staatswille seien. Es wären dann nämlich zwei souveräne Normensysteme vorhanden, die sich aufeinander nicht zurückführen ließen und der Rechtsanwender stünde zwei gleichberechtigten Autoritäten gegenüber. Es ist das Verdienst Kelsens auf Grund seiner erkenntnistheoretisch-juristischen Forschungen diese gegenseitige Undurchdringlichkeit der Normensysteme klar erkannt[39]) und so ein einheitliches Rechtsgebäude errichtet zu haben. Denn eine logische Geschlossenheit des Rechtssystems ist nur dann möglich, wenn alle Rechtsnormen eines Staates formal eine Einheit bilden, wenn sie also einen einheitlichen Rechtserkenntnisgrund aufweisen, sich auf eine Form zurückführen lassen. Nur so können sie als Wille einer Autorität gedacht werden, während sonst eine einheitliche Konstruktion der Staatsperson, sowie der Organpflichten logisch unmöglich wäre. Darum ist es durchaus irrig, die Parallelität von Gesetz und Gewohnheit anzunehmen.[40]) Denn soll die Behörde das Gesetz anwenden, so kann sie auf Gewohnheitsrecht, auf das das Gesetz nicht verweist, keine Rücksicht nehmen. Soll dagegen eine Behörde nach selbständigem Gewohnheitsrechte entscheiden, so muß auch das Gesetz aus dem Gewohnheitsrechte seine Ermächtigung erhalten, die ihm natürlich auch durch Gewohnheitsrecht wieder entzogen werden könnte.

Es ist aber auch der Versuch Walter Jellineks[41]) — trotz der prinzipiell richtigen Erkenntnis der notwendigen Einheitlichkeit der Rechtsquellen — abzulehnen, Gesetz- und Gewohnheitsrecht auf eine höhere gemeinsame Quelle zurückzuführen. Er nennt als solche den Staat. Denn ganz abgesehen davon, daß nur eine Norm, nie aber eine Person, sei es auch die Staatsperson, den Maßstab für ein Werturteil liefern kann und nur eine Rechts-

---

[37]) Vgl. W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913, S. 18f., 40ff.

[38]) Vgl. Kelsen, a. a. O., S. 556ff.

[39]) Vgl. Kelsen, a. a. O., S. 101f.

[40]) Vgl. Kelsen, a. a. O., S. 101f.

[41]) Vgl. Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913, S. 175.

norm das Ausleseprinzip enthalten kann, auf Grund welches zu entscheiden ist, so müßte doch auch diese Rechtsnorm entweder gesatzt oder ungesatzt sein, also entweder als Gesetz oder als Gewohnheitsrecht erscheinen.

Denn selbst für den Fall der gegenseitigen rechtlichen Derogierung von gesatztem und ungesatztem Rechte könnte diese Derogierungsnorm nur entweder eine geschriebene oder ungeschriebene sein, müßte also formal entweder der Autorität des Gesetzes oder der des Gewohnheitsrechtes entstammen.

Formal kann so nur entweder das Gesetz oder das ungeschriebene Recht als höchste Rechtsquelle gelten, wobei es aber ganz gleichgültig bleibt, wer materiell den Rechtsinhalt bestimmt. Denn nur formal muß wie außer Kelsen auch Walter Jellinek richtig betont hat, die Einheit des Rechtssystems gewahrt werden, wenn das ganze als Wille einer Person, nämlich des Staates gelten soll. In Gesetzesstaaten kann nun kein Zweifel bestehen, daß jede in Nichtgesetzesform erscheinenden Norm keine Rechtsnorm ist. Denn jedes Organ wird auf die Gesetze beeidet und zur unbedingten Anwendung derselben verpflichtet, ohne danach prüfen zu dürfen, ob das Gesetz nicht vielleicht schon durch Gewohnheitsrecht aufgehoben sei.

Soll so das Gesetz unbedingt angewendet werden, so können nicht gleichzeitig widersprechende Normen in rechtlicher Sollgeltung stehen. Aber auch andere zu den früheren nicht im Gegensatze stehende Normen können nur dann vom Standpunkte der Gesetzesautorität ausgesollt sein, wenn das Gesetz darauf verweist. Denn tut es das nicht, so liegt eben kein gesetzliches Sollen vor. Würde man aber sowohl die in Gesetzesform erscheinenden Normen, wie auch diejenigen, die mit ihnen um die Herrschaft ringen oder von einer anderen Autorität ausgehen, als Recht bezeichnen, so wären im selben Staate zur selben Zeit widersprechende Rechtsnormen möglich. Alle diese sozialen Normen aber unter dem Sammelbegriffe Recht zu fassen, wurde den Rechtsbegriff ganz farblos machen und dem doppelten logisch-methodischen Postulate der deutlichen Inhaltsbestimmung und klaren Umfangsabgrenzung eines Begriffes zuwiderlaufen. Infolge des ununterbrochenen sozialen Normensetzungsprozesses wäre dann aber auch eine systematische Erkenntnis einer gegebenen Rechtsordnung unmöglich, eine dogmatische Bearbeitung derselben daher ausgeschlossen. Dieser Proklamierung des juristischen Chaos steht aber die feste historische Tatsache gegenüber, daß als Rechts-

normen allezeit nur solche soziale Normen bezeichnet wurden, bei denen der Normwerdungsprozeß in einer bestimmten Form zum Stehen und Erstarren gekommen war, indem z. B. longaevus usus, Rationabilität und opinio necessitatis oder Emanation einer bestimmten Autorität oder wiederum schriftliche Form z. B. Enthaltensein im corpus juris Rechtserkenntnisgrund war und eine Rechtsänderung nur durch Ablösung von Seiten neuer erstarrter Normen erfolgen konnte. Im konstitutionellen Rechtsstaate nun hat sich als Rechtserkenntnisgrund die Form des Gesetzes herausgebildet. Nennt man diese in Gesetzesform erscheinenden Normen — im Sinne der herrschenden Terminologie — Rechtsnormen, so muß es als unzulässig abgelehnt werden, gleichzeitig andere soziale Normen auch als Recht zu bezeichnen. Denn soll überhaupt ein Komplex von Normen wissenschaftlich erfaßt und als einheitliches Recht erkannt werden, so kann in einem gegebenen Zeitpunkte für einen Staat nur ein einheitlicher Rechtserkenntnisgrund vorhanden sein. Sollen also die Staatsorgane — die doch Organe einer Autorität sind — die in Gesetzesform erscheinenden Normen anwenden, so können sie nicht gleichzeitig die rechtliche Pflicht haben, Normen, die sich nicht auf das Gesetz zurückführen lassen, zu verwirklichen, da ja in letzter Linie ihr Sollen einer obersten Norm entstammen muß.

Diese Erkenntnis kann auch durch den geläufigen Widerlegungsversuch nicht entkräftet werden, daß historisch überall ungeschriebenes Recht dem geschriebenen vorangehe, dieses daher nur auf jenem beruhe.[42]) Denn so richtig dies für eine historisch-genetische Betrachtungsweise ist, so kann es doch nichts an der Tatsache ändern, daß in Gesetzesstaaten die in Gesetzesform erscheinenden Normen souverän auftreten und von den Organen angewendet zu werden fordern, also ohne Rücksicht auf andere Normen verwirklicht werden sollen. Bei dieser dogmatischen Prärogative aber muß die Rechtswissenschaft Halt machen, da sie ja die Existenz einer Rechtsautorität zur Voraussetzung hat und deren Äußerungsform nur konstatieren kann.

Da so kraft Selbstinthronisation der Gesetzesform in Gesetzesstaaten die Rechtsordnung die Summe aller in Gesetzesform erscheinenden Normen ist, kann nirgends anderswo als im Gesetze oder in einer mit derselben formal in Beziehung stehenden Quelle ein Erkenntnisgrund dessen, was Recht ist, gefunden werden.[43])

---

[42]) Jung, a. a. O., S. 104ff.

[43]) Vgl. Kelsen, a. a. O., S. 541ff.

Wird daher eine Behörde zur Entscheidung ermächtigt und beauftragt, so liegt dieser Akt, soweit er nicht vom Gesetze determiniert ist, in ihrem Ermessen. Denn, wenn alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, für den Vorgang also, der faktisch noch in verschiedener Weise ausgeführt werden könnte, keine andere gesetzliche Bindung mehr besteht, er aber doch rechtlich, weil eben in Ermächtigung des Gesetzes vorgenommen werden kann und soll, so liegt alles weitere im freien Ermessen des Organs. Da aber infolge der unendlichen Mannigfaltigkeit der tatsächlichen Vorgangsmöglichkeiten niemals eine vollständige inhaltliche Determinierung einer Organhandlung durch das Gesetz möglich ist, so ist der Behörde bei jeder Handlung auch freies Ermessen eingeräumt. Denn einerseits kann niemals „die feine Wirklichkeit"[44]), daher auch kein Tatbestand und keine vorzunehmende Handlung „mit den groben Zangen der Sprache"[44]) vollkommen erfaßt werden, andrerseits befinden sich — um in einem Bilde Fritz Mauthners zu sprechen — die Worte „immer in statu nascendi"[45]), so daß von einer unverrückbar eindeutigen Bestimmung durch das Gesetz keine Rede sein kann. Ein unbeabsichtigt unbestimmt gebliebener Rechtssatz räumt aber, wie auch Spiegel[46]) hervorhebt, ebenso wie ein bewußt und beabsichtigt unbestimmt gebliebener in ganz gleicher Weise freies Ermessen ein, da er ja geradeso wie jener unbestimmter Natur ist. Ist nun eine totale Inhaltsbindung niemals möglich, so muß immer auch freies Ermessen — mag es auch noch so begrenzt sein — vorliegen.[47]) Treffend schreibt in diesem Sinne Tezner, daß „auch eine Norm, welche nicht bloß ein Programm aufstellt, sondern deskriptiven Inhaltes ist, immer noch einen Raum lassen wird, „welchen das handelnde Organ mit seinem individuellen Belieben ausfüllen kann", was daher komme, „weil jede Norm doch nur auf dem Gebiete der Abstraktion sich bewegen kann".[48]) „Der Wille des Staates — betont Kelsen richtig — ist stets mehr oder weniger abstrakt, die Handlungen des Staates sind dagegen stets ganz oder gar konkret."[49])

---

[44]) Fritz Mauthner, Die Sprache, (Die Gesellschaft, herausgegeben von Martin Buber), S. 19.

[45]) Fritz Mauthner, a. a. O., S. 109.

[46]) Spiegel, a. a. O., S. 135.

[47]) Vgl. Kelsen, a. a. O., S. 506f.

[48]) Tezner, a. a. O., S. 14.

[49]) Kelsen, a. a. O., S. 506.

Es ist daher eine petitio principi, wenn Laun freies Ermessen dort anzunehmen ablehnt, „wo der Behörde die Wahl zwischen zwei oder mehreren Arten des Verhaltens zusteht"[50]), da, wenn dies zuträfe, jeder Zivil- und Strafprozeß nach freiem Ermessen entschieden werden würde. Vielmehr muß erkannt werden, daß bei jeder Wahlfreiheit zwischen verschiedenen Vorgängen die Behörde deswegen nur nach freiem Ermessen handeln kann, weil ihr eben kein rechtlicher Maßstab dafür gegeben ist, welche Wahl sie treffen soll, sie aber dennoch vom Gesetze mit der Entscheidung beauftragt wird.[51])

Auch die Behauptung, daß diese Wahl „nicht unbeeinflußt vom Gesetzgeber", sondern im Gegenteil in seinem Geiste in der Art zu erfolgen habe, „daß der von ihm vorgezeichnete Zweck am besten erreicht wird[50]), kann dies nicht widerlegen. Denn gerade die Bestimmung des besten Weges durch den Richter weist auf sein Ermessen hin. Geht zwar aus dem Gesetze die klare Absicht des Gesetzgebers hervor, so ist insoweit eine Bindung des Organs zweifellos vorhanden. Vollkommen die Linie vorzuzeichnen ist aber praktisch unmöglich und daher auch niemals erreicht worden, so daß der Behörde immer noch ein Spielraum bleibt, in dem mangels eines gesetzlichen Kriteriums ihr Handeln nur nach freiem Ermessen vor sich gehen kann. Vollkommen richtig ist daher die Bemerkung Jungs, daß die „erstrebte Rechtsordnung, die automatisch funktioniert und die Subjektivität des Richters ganz ausschaltet, allerdings nie zu stande gekommen ist".[52])

Juristisch liegt hier die Sachlage gar nicht anders als „wenn die Behörde ermächtigt ist, bei der Wahl zwischen zwei oder mehreren Arten des Verhaltens den Zweck, zu welchem sie diese Wahl ausübt, selbst unbeeinflußt vom Gesetzgeber zu bestimmen"[53]), auf welchen Fall Laun das freie Ermessen einschränkt, indem er es nur bei Wahlfreiheit zwischen verschiedenen Zwecken annimmt, während er sonst von gebundenem Ermessen spricht. Denn sowohl bei Wahlfreiheit zwischen verschiedenen äußeren Vorgängen, wie bei solchen zwischen verschiedenen Zwecken besteht die Relation der Handlung zur Rechtsordnung einzig und allein darin, daß eben die Behörde mit dem Staatsakte beauftragt wird, obwohl ihr nicht vorgezeichnet ist, auf welche

---

50) Laun, a. a. O., S. 62.
51) Vgl. Spiegel, a. a. O., S. 118f.
52) Jung, Das Problem des natürlichen Rechtes, 1912, S. 128.
53) Laun, a. a. O., S. 62/63.

Weise sie entscheiden soll, weshalb jeder ihrer Vorgänge rechtlich richtig sein muß, der in die Biankoermächtigung des Rechtssatzes paßt. Wie groß aber die faktische Variationsmöglichkeit in dem von den Rechtsschranken freigelassenen Raume ist, muß ganz und gar außer Betracht bleiben, da ja juristisch nur die Bindung an Rechtsnormen, nicht aber die Freiheit von diesen relevant ist.

Es kann so juristisch keinerlei Verschiedenheit zwischen freiem und gebundenen Ermessen erkannt werden.

Daraus ergibt sich weiters, daß das Ermessen bei der Verwaltung und Justiz keinen juristischen Unterschied auweist.[54]) Denn das freie Ermessen einer Verwaltungsbehörde z. B. bei Verleihung einer Eisenbahnkonzession, die sich nach Wahl von wirtschaftlichen oder strategischen oder fiskalischen Motiven leiten lassen darf, unterscheidet sich juristisch in keiner Weise vom Ermessen des Richters, der z. B. innerhalb der Latitüde die Strafe zu bestimmen und zwischen verschiedenen Strafzwecken zu wählen hat, Wahlfreiheit zwischen verschiedenen Zwecken also ebenso gut beim Richter vorkommen kann.

Denn auch der Richter kann das öffentliche Interesse betonen und sich auf den Standpunkt der Generalprävention oder Spezialprävention stellen, er kann aber auch bei Verhängung der Strafe am kategorischen Imperative der Vergeltung festhalten oder wieder vom Gefühle geleitet, auf die privaten Interessen des Angeklagten, etwa auf seine geschwächte Gesundheit, oder seine schuldlose Familie Rücksicht nehmen, da jede Strafe rechtlich als angemessen gilt, die der Richter innerhalb des Strafrahmens verhängt. Welche Strafe angemessen ist, wird so in sein pflichtmäßiges Ermessen gestellt. Wenn daher Laun meint, daß der Richter, der „z. B. innerhalb eines gesetzlichen Strafmaßes von einem bis fünf Jahren Kerker zwei Jahre verhängt"[55]), nicht behaupten kann, daß drei oder vier Jahre ebenso gerecht im Sinne des vom Gesetzgeber verfolgten Strafzweckes seien"[55]), so verkennt er — abgesehen von der noch zu besprechenden Vermengung von Recht und Gerechtigkeit —, daß sowohl aus dem österreichischen, wie aus dem deutschen Strafgesetz in keiner Weise zu erkennen ist, auf dem Standpunkte welcher Strafrechtstheorie es steht. Vielmehr weist gerade die doppelte Rechtsmittelart gegen das Strafausmaß auf einen Unterschied zwischen Rechts- und Ermessensüberprüfung hin. Während nämlich allen Nichtigkeitsgründen die Verletzung

[54]) Vgl. Kelsen, a. a. O., S. 506f.

[55]) Laun, Zum Problem des freien Ermessens (Festschrift Zitelmann), S. 10

des Gesetzes gemeinsam ist[56]), hier also behauptet werden muß, daß das Urteil rechtlich falsch sei, richtet sich die Berufung gegen eine zweckwidrige, ungerechte, zu harte — wenn auch rechtlich richtige — Strafe, es wird hier also beantragt, die Ermessungsentscheidung des ersten Richters durch einen billigeren Ermessensausspruch zu ersetzen. Die Berufung punkto Strafe ist also nur soweit möglich, „als die Entscheidung im richterlichen Ermessen steht".[57])

Ebenso wie das Gesetz aber hier den Richter anweisen könnte, vom Standpunkte irgend einer Strafrechtstheorie vorzugehen, so kann es auch dem Verwaltungsbeamten anweisen, z. B. das Gewerberecht im Sinne einer Mittelstandspolitik auszulegen oder in der Verkehrspolitik sich nur von nationalökonomischen Interessen leiten zu lassen. Dennoch bleibt aber auch dann sowohl dem Richter, wie dem Verwaltungsbeamten ein freier Spielraum bewahrt. Es könnte z. B. der Verwaltungsbeamte, dem eine Mittelstandspolitik zur Pflicht gemacht würde, nach seinem Ermessen mehr die Interessen der Produzenten oder mehr die der Konsumenten vertreten, aber auch der Strafrichter, dem die von Seneca formulierte Maxime „punitur ne peccetur"[58]) als Richtschnur gegeben würde, hätte zwischen den verschiedenen relativistischen Strafrechtstheorien nach Ermessen zu wählen. Aber selbst der an eine ganz bestimmte Theorie gebundene, hätte — so lange nicht absolut bestimmte Strafen gesetzlich festgelegt werden — immer noch nach Ermessen zu bestimmen, welche Strafe er in diesem Sinne als angemessen erachtet.

In gleicher Weise trifft dies beim Zivilrichter zu. Auch ihm kann zwar z. B. im Schadenersatzrechte Schuld oder Erfolghaftung vorgezeichnet werden, dennoch aber bleibt es seinem Ermessen überlassen, welche Ersatzsumme, welches Schmerzensgeld ihm als angemessen erscheint. Besonders aber in der Art des Vorgehens im Prozesse wird sich immer deutlich ein Ermessungsspielraum finden lassen.[59])

---

[56]) Löffler, Das Rechtsmittel wegen Anrechnung der Untersuchungshaft (Österr. Zeitschrift für Strafrecht), 1912, S. 419.

[57]) Löffler, a. a. O., S. 419. — Vgl. Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie, 1911, S. 14. — Vgl. W. Jellinek, a. a. O., S. 193. — Zorn, Verwaltungsarchiv, Bd. 2, S. 142. — Binding, Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts, 1904, S. 267.

[58]) Seneca, De Iva, I, 16.

[59]) W. Jellinek, a. a. O., S. 191f.

Dem Richter ist so in vollkommen analoger Weise wie dem Verwaltungsbeamten ein Spielraum eingeräumt, in dem das Gesetz keinen Erkenntnisgrund liefert, gerade welche Entscheidung getroffen oder gerade auf welche Weise judiziert werden soll, sondern es vielmehr das Organ beauftragt, ganz oder teilweise ohne gesetzlichen Maßstab den Inhalt des Staatsaktes zu bestimmen. Denn die Behauptung Launs, es sei „der gesetzliche Beurteilungs- und Wertmaßstab“[60]) anzulegen, wird aus der unbewiesenen Voraussetzung der Gebundenheit deduziert, während er doch gerade umgekehrt nachweisen müßte, daß das Gesetz die Entscheidung des Richters inhaltlich in jeder Beziehung binde und binden könne. Es ist daher Weismann beizustimmen, daß der Richter „nicht bloß eine formal logische Operation“ vollzieht, sondern auch „Werturteile nach sittlichem[61]) oder wirtschaftlichem[61]) Maßstabe“ fällt und oft „auf Grund freier Abschätzung und Abwägung widerstreitende Interessen“[62]) entscheidet.[63]) „Der Richter kann sehr häufig, ohne den Gesetzeswortlaut zu verletzen, so oder entgegengesetzt entscheiden und sich für beides fast stets auf Autorität und Präjudizien berufen.“[64])

Nachdem so erkannt wurde, daß bei keiner Entscheidung der behördliche Wille ausgeschlossen werden kann, jeder Staatsakt also zum Teile im freien Ermessen liegt, dieses daher nicht bloß bei rechtlicher Freiheit in der Wahl von Zwecken, sondern auch von Mitteln vorliegt, ebenso aber festgestellt wurde, daß auch der Richter zwischen Zwecken zu wählen hat, so ist dadurch bereits die Einschränkung des freien Ermessens auf die Verwaltungsbehörde als durchaus unbegründet abgelehnt.

Dazu kommt noch, daß gar kein Grund anzunehmen berechtigt, wie Walter Jellinek[65]) richtig betont hat, daß nur das politisch-öffentliche Interesse das Gebiet des freien Ermessens sei. Aber selbst abgesehen davon ist es eine willkürliche Annahme, daß gerade die Verwaltungsbehörde das „öffentliche Interesse“ zu verwirklichen habe, denn ist das öffentliche Interesse überhaupt eine rechtliche Kategorie, so trifft zweifellos die Behauptung Bernatziks zu, daß es ein allgemeiner auch für den Richter

---

60) Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, S. 58.

61) Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes, Bd. I, § 56.

63) Vgl. Triepel, Die Kompetenz des Bundesstaates und die geschriebene Verfassung, Festgabe für Laband, S. 287. — Wurzel, Das juristische Denken, S. 50.

64) Helwig, „Volksrichter“ im Tag, Nr. 240, 1909.

65) W. Jellinek, a. a. O., S. 191, Bd. 68.

geltender Befehl der Rechtsordnung sei, „so zu handeln wie es nach der Meinung des Urteilenden im öffentlichen Interesse gelegen ist".[66]) Trifft dies zu, dann hat auch der Richter nur im öffentliches Interesse vorzugehen, denn jedes Gesetz, das doch ein Produkt des Kollektivums ist, ist von diesem Standpunkte aus im öffentlichen Interesse erlassen. Es ist aber weiters unrichtig, daß dieses Interesse bereits eindeutig bestimmt sei, daß der Richter z. B. im Prozesse sich nur von prozeßökonomischen Rücksichten leiten lassen dürfe, im Gegenteile wird er immer die in seinem Ermessen liegende Schnittlinie zu suchen haben, die die zwei widerstrebenden Prinzipien, nämlich die Erforschung der Wahrheit und die Gebote der Prozeßökonomie versöhnt. Dieses Interesse ist aber eminent öffentlich, ja kein Zivilprozeß könnte rein private Interessen berücksichtigen, da sich eben zwei gegenüberstehende Privatinteressen kreuzen und daher nur das öffentliche Interesse den Ausschlag geben kann. Denn die größere Berücksichtigung des privaten Interesses einer Partei, z. B. der Gläubiger oder der Schuldner, geschieht dann nur im öffentlichen Interesse. Was öffentliches Interesse ist, kann nun allerdings mehr oder minder klar im Gesetz zum Ausdruck gekommen und der Richter daher in gewisser Hinsicht gebunden sein, aber im freien Spielraume, der wie erwähnt, immer übrig bleibt, wird dann noch näher zu bestimmen sein, was in concreto öffentliches Interesse und wie es zu verwirklichen ist. Diese Bestimmung kann aber mangels eines gesetzlichen Maßstabes nur nach freiem Ermessen erfolgen.

Wie groß aber die Wahlmöglichkeit in dem vom Gesetze materiell undeterminierten Raume ist, kann, wie schon angedeutet, juristisch nicht erfaßt werden.

Das richterliche Ermessen ist also — wie schon Georg Jellinek treffend gelehrt hat — „inhaltlich dem bei der Verwaltung beobachteten gleichartig"[67]) und ebenso wie dieses „auch nur gebunden von jener allgemeinen Norm pflichtmäßigen Handelns".[67])

IV. Das Wesen des freien Ermessens.

Den vorausgeschickten Untersuchungen zufolge wäre als erkannt festzuhalten, daß jede Staatshandlung — neben einem in der Regel vorkommenden materiell determinierten Teile — immer auch ein Stück aufweist, in dem die Behörde den Inhalt frei vom

[66]) Bernatzik, a. a. O., S. 44.
[67]) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1905, S. 604.

Gesetze bestimmt, der nur formal, nämlich durch den Ermächtigungsrechtssatz mit demselben in Beziehung steht. Daran wird auch dann nichts geändert, wenn an eine höhere Instanz appelliert werden kann. Denn wenn es unmöglich ist, auf Grund des Gesetzes die Rechtlichkeit einer Entscheidung zu überprüfen, weil eben das Gesetz keine nähere Bestimmung enthält, so kann der höhere Richter nur an Stelle der einen Ermessensentscheidung ein neues außerrechtliches Werturteil setzen.

Diese Meinung, daß immer und überall freies Ermessen mitspiele, weil keine Entscheidung und daher auch „das richterliche Urteil nicht durch das Gesetz allein determiniert wird“[68]), kann auch durch die Bestrebungen der Theorie und Praxis, die einzig richtige Lösung zu suchen — wie Laun zu glauben geneigt ist[69]) — nicht widerlegt werden. Denn es berührt diese Darstellungen gar nicht, wenn etwa der pflichtmäßig Entscheidende nur eine Lösung als allein richtig annimmt. Nur muß festgehalten werden, daß diese Richtigkeit keine rechtliche ist, sondern sich nur vom Standpunkte eines anderen Normensystems aus ergeben kann. Da nämlich die rechtliche Überprüfung dort aufhört, wo das Gesetz keine Merkmale mehr enthält, rechtlich so als richtig jede Entscheidung gelten muß, die in Blankettermächtigung des Gesetzes erfolgt, so kann der Wertmaßstab nur ein außerrechtlicher sein. Ob dieser wieder mehr oder minder objektiv, mehr oder minder subjektiv ist, bleibt juristisch ganz und gar irrelevant. Es ist daher nicht zuzustimmen, wenn Walter Jellinek nur die „individuelle Anschauung über den inneren Wert oder Unwert einer Verwirklichung“[70]) als freies Ermessen bezeichnet. Denn dieses hat nicht zur Voraussetzung, daß das Organ etwa nach seiner autonomen Moral entscheide, sondern auch bei der Möglichkeit, ein objektives Normensystem zur Grundlage zu nehmen, liegt immer noch freies Ermessen vor, soweit nicht das Gesetz selbst oder eine in ihm verwiesene Quelle, die Entscheidung inhaltlich determiniert.

Diese Verweisung darf aber nicht fingiert werden, sondern muß ebenso wie jeder relevante Gesetzesinhalt im Gesetze erkenntlich zum Ausdruck gekommen sein. Nichts anderes als eine Fiktion ist es aber, wenn Walter Jellinek eine Unsumme von „gesellschaftlichen Üblichkeiten und Anschauungen“[71]) als Rechtsquelle

---

[68]) Spiegel, a. a. O., S. 41.
[69]) Vgl. Laun, a. a. O., S. 59.
[70]) W. Jellinek. a. a. O., S. 89.
[71]) W. Jellinek, a. a. O., S. 38.

mit abgeleiteter Rechtssatzwirkung bezeichnet. So läßt er z. B. die durchschnittliche Anschauung der Gesellschaft über die Abgrenzung von Begriffen wie öffentliches Interesse, Notwendigkeit, Zweckmäßigkeit, Angemessenheit, Billigkeit entscheiden und erhebt dadurch die Gesellschaft zu einer Rechtsquelle mit abgeleiteter Rechtssatzwirkung. Ebenso schreibt er bei Gebrauchung wissenschaftlicher Termini durch das Gesetz der Wissenschaft Rechtssatzerheblichkeit zu.[72])

Wären das wirklich alles Rechtsquellen, so wäre es allerdings vollkommen richtig, sie formal auf das Gesetz zurückzuführen. Aber ganz abgesehen davon, daß Jellinek den Beweis dafür schuldig geblieben ist, ob das Gesetz wirklich auf sie verweist, so hat er auch nicht ausgeführt, auf die Anschauungen welcher Klasse und welches Standes verwiesen wird. Gerade für diese zweifelhaften Fälle hätte er aber eine Klärung versuchen sollen.

Zwar ist es selbstverständlich die notwendige Voraussetzung aller Rechtsanwendung, daß der Richter die Worte der Gesetzessprache versteht, deren grammatischen Bau kennt und über ein derartiges allgemeines Wissen verfügt, um dem Gesetze — das ja ein logisch-grammatisches Gebilde ist — einen vernünftigen Sinn abgewinnen zu können. Es ist aber durchaus unrichtig, hier von einer gesetzlichen Verweisung zu sprechen, soweit nicht das Gesetz klar einen bestimmten Sprachgebrauch als maßgeblich erklärt, weil ja sonst jede objektive Erkennbarkeit mangelt. Ist dies nicht der Fall, so ist es eben in das Ermessen des Richters gestellt, den unklaren Begriff selbst abzugrenzen. „Ich bestreite", schreibt Jung richtig, „auf das entschiedenste, daß Begriffe wie Gerechtigkeit und Billigkeit uns soweit zerlegbar und bekannt seien, daß man mit ihnen zu allgemein gültigen, d. h. auch für andere zwingenden Schlüssen gelangen könnte; zu objektiven, das heißt nach dem principium rationis sufficientis cognoscendi notwendigen und daher auch für andere Intellekte als das aussagende Subjekt vorhandenen Erkenntnissen. Dann soll man das auch offen zugeben, daß man nur aus dem auf den vorliegenden Fall reagierenden Rechtsgefühl und nicht aus Begriffen, Normen usw. urteilt."[73]) Ebenso ist Jung in seiner Polemik gegen Stammler recht zu geben, daß „die unter Berufung auf Treu und Glauben gefundenen

[72]) W. Jellinek, a. a. O., S. 40ff.
[73]) Jung, Das Problem des natürlichen Rechtes, 1912, S. 36.

Urteile" nicht „auf dem Wege der logischen Subsumption aus positiven Rechtssätzen gefunden werden können."[74])

Verweist z. B. das Gesetz auf ethische Pflichten, wie etwa nach Treu und Glauben vorzugehen, sich vom Pflichtgefühl, Wahrhaftigkeit und Menschlichkeit leiten zu lassen, so kann von einer eindeutigen rechtlichen Bestimmung keine Rede sein, mag auch „der Mangel an Pflichtgefühl und treuer Gesinnung der Grund für die Verhängung einer Disziplinarstrafe" sein. Denn dann bestimmt eben der die Verhängung der Unrechtsfolge aussprechende Beamte, wann nach seinem Ermessen „ein Mangel an Pflichtgefühl und treuer Gesinnung"[75]) vorliegt. Wird nun verlangt, daß die Begriffsabgrenzung im Sinne des Milieus und der Klasse des Richters geschehe, so kann dies, mangels einer gesetzlichen Normierung nur als soziales Postulat gefordert werden. In derselben Weise ist aber auch die Benützung der Materialien und des Motivenberichtes bei der Auslegung nur soweit gestattet, als sie mit dem klaren Wortlaute des Gesetzes nicht im Widerspruch stehen. Denn auch die historische Interpretation operiert mit einem dem Gesetze fremden Wertmaßstabe, sie braucht daher rechtlich überhaupt nicht, darf aber nur im Ermessensspielraume verwendet werden.

Mögen nun auch ethisch-soziale Normen eine ganz bestimmte Ausfüllung des rechtlich undeterminierten Raumes noch so dringend verlangen, so muß das rechtlich als irrelevant erkannt werden. Denn in Relation zu welchen außerrechtlichen Normensystemen die Staatshandlung sonst noch gesetzt werden kann, darf für den Juristen nicht in Betracht kommen, weshalb es auch für ihn wesenslos bleibt, ob die Entscheidung von dem einen oder von dem anderen Standpunkte aus gebilligt oder getadelt, ob sie als richtig oder als unrichtig, als gerecht oder ungerecht empfunden wird. Es bedeutet daher eine völlige Rückkehr zum Naturrecht, wenn Jung behauptet, daß bei Operierung mit dem Verkehrsbedürfnisse usw. das richterliche Werturteil „immer ein Zurückgreifen auf die allerletzten und allgemeinsten Grundlagen des rechtlichen Urteiles, nämlich auf die Empfindung, ob dieses Ergebnis der Gerechtigkeit entspreche"[76]), sei.

Andrerseits wird dadurch aber auch das Urteil in keiner Weise tangiert, welches die Ungerechtigkeit einer Entscheidung behauptet. Dies kann trotz rechtlicher Richtigkeit vollkommen zutreffen. Nur

---

[74]) Jung, a. a. O., S. 23.

[75]) Walter Jellinek, a. a. O., S. 27.

[76]) Jung, a. a. O., S. 35.

eine trotz ihres Sträubens tief im Naturrechte verfangene Theorie kann lehren, daß eine einzige Entscheidung deshalb dem Rechtssatze gemäß sei, weil nur die eine gerechte ist.[77]) Wem dagegen der Positivismus kein bloßes Schlagwort ist, der kann in der gleichzeitigen Behauptung der Ungerechtigkeit und dennoch der rechtlichen Richtigkeit keinen Widerspruch sehen.

Wenn aber auf Grund einer außerrechtlichen Wertung immer nur eine einzige Lösung des Richters als entsprechend erklärt wird, so muß dies auch beim freien Ermessen — im Sinne Launs — zutreffen. Denn auch hier wird der Verwaltungsbeamte nicht behaupten können, daß mehrere Entscheidungen gleich gut und gleich passend seien, sondern je nach dem Standpunkte, auf den er sich gestellt hat, die getroffene Lösung als die allein den Umständen angemessene betrachten. Kein Organ wird behaupten, daß es gerade so richtig ist, eine Gewerbekonzession zu verleihen oder nicht, den Krieg zu erklären oder nicht, eine Eisenbahn zu bauen oder nicht. Nur wird das Urteil verschieden ausfallen, je nachdem es sich z. B. auf einen sozialpolitischen oder einen humanitären oder einen fiskalischen Standpunkt gestellt hat. Nimmt es aber einmal einen Standpunkt als richtig an, so hat es damit einen Wertmaßstab, auf Grund welches nur eine Lösung als die richtige gelten wird.

In ganz gleicher Weise wird aber auch z. B. der Vormundschaftsrichter zuerst die außerrechtliche, daher ins Ermessen fallende Präjudizialfrage zu beantworten haben, ob er mehr die sittlichen oder die vermögensrechtlichen Interessen des Mündels berücksichtigenswert findet.

Gerade hier zeigt sich deutlich die rechtliche Inhaltsfreiheit.

Alle Staatshandlungen müssen also formal und können inhaltlich-materiell — wenn auch niemals ganz — durch das Gesetz determiniert sein.

Behauptet nun Bernatzik, daß auch für das Vorgehen nach freiem Ermessen der Rechtssatz gelte „tue was du glaubst, daß es im öffentlichen Interesse sei", so nimmt er an, daß bei jeder Staatshandlung auch ein Teil des Inhaltes rechtlich determiniert ist, was zwar für unsere Kulturstaaten zutrifft, aber keineswegs aus dem Wesen des Rechtssatzes folgt. Da Bernatzik nun gerade diese materielle Determinierung für jede Staatshandlung für wesentlich hält, er also keinem Staatsakte inhaltliche Freiheit vom Ge-

---

[77]) Vgl. Laun, a. a. O., S. 60. — W. Jellinek, a. a. O., S. 53.

setze zuschreibt, so verwirft er in konsequenter Weise den Begriff des freien Ermessens überhaupt.

Für eine aber hier zu Grunde gelegte formale Auffassung, die nur die formale Beziehung zur Rechtsordnung als absolut notwendiges Kriterium jedes Staatsaktes erkannt hat, muß der Ermessensbegriff von großer Bedeutung erscheinen.

Freies Ermessen liegt nämlich dann vor, wenn und insoweit bei der Handlung eines Organs — sei es für die ganze, sei es für einen Teil derselben — nur eine formale, aber keine inhaltliche Relation zur Rechtsordnung gegeben ist.

Es ist daher Walter Jellinek — trotz der großen Verschiedenheit der bei ihm und hier vorgenommenen Umfangsabgrenzung[78]) — durchaus zuzustimmen, wenn er alle inhaltlich materiellen Elemente aus dem Ermessungsbegriff ausscheidet. Denn im Sinne der hier vertretenen Auffassung muß es als verfehlt bezeichnet werden, diese inhaltliche Freiheit in ein materielles Mäntelchen zu hüllen und so als freies Ermessen die durch das öffentliche Interesse determinierte Handlung zu bezeichnen. Denn wenn das öffentliche Interesse eine rechtliche Bindung des Inhaltes ist, so kommt dieser determinierte Inhalt außerhalb die materielle Freiheitssphäre und liegt daher jenseits des Ermessensgebietes.[79]) [80]) Dabei muß festgehalten werden, daß eine rechtliche Bindung des Inhaltes durch das öffentliche Interessegebot nur dann vorliegt, wenn die Rechtsordnung an die Außerachtlassung desselben Rechtswirkungen knüpft, z. B. Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Staatsaktes mit oder ohne Verhängung einer Unrechtsfolge gegen das betreffende Organ. Wie weit die Freiheitssphäre reicht, kann daher nicht allgemein, sondern nur an der Hand einer positiven Rechtsordnung bestimmt werden. Es ist daher auch abzulehnen[81]), aus den „natürlichen Rechtsgrundsätzen" die Grenzen des freien Ermessens bestimmen zu wollen.[82])

Wenn aber in diesem Falle auch eine inhaltliche Bindung der Staatshandlung vorliegt, also nicht bloß eine formale Be-

---

78) Vgl. Walter Jellinek, a. a. O., S. 89.

79) Vgl. Nawiasky, Allgemeine österreichische Gerichtszeitung, 62. Jahrg S. 235.

80) Vgl. Tezner, Das détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde (Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, V, S. 67ff.).

81) Vgl. Kelsen, a. a. O., S. 509f.

82) Vgl. Laun, Zum Problem des freien Ermessens (Festschrift Zitelmann) S. 21ff.

ziehung zur Rechtsordnung besteht, so fallen diese Schranken außerhalb die Domäne des freien Ermessens. Für die inhaltliche Ausfüllung der Ermessenssphäre können daher nur außerrechtliche Normen gelten. Unterscheidet man daher Willkür von Ermessen, so muß man sich dessen klar bleiben, daß es eine außerrechtliche Unterscheidung ist, etwa in dem Sinne, daß man von Ermessen dann sprechen kann, wenn der Rechtsanwender im Sinne ethisch-sozialer Normen handelt, während im Falle autonomen Vorgehens von Willkür gesprochen wird.

Diese Erkenntnis läßt tiefer in ein viel verkanntes Problem blicken. Sie zeigt uns nämlich, daß der Beamte nicht bloß Staatsorgan, sondern auch Gesellschaftsorgan sein soll, seine Handlung daher nicht bloß dem Staate — wenn sie rechtsgemäß —, sondern auch der Gesellschaft — wie sie sozial ist — zugerechnet wird, so daß verschiedene Sollvorschriften an ihn herantreten und er Zurechnungsdurchgangspunkt für mehrere Normensysteme ist.

Damit beantwortet sich aber auch leicht die von allen Rechtsquellentheorien, besonders von der freien Rechtsschule aufgeworfene Frage, wieso es denn komme, daß die ganze Handlung eines Organs Rechtshandlung sei, obwohl doch nur ein Teil ihres Inhaltes vom Gesetze determiniert werde. Während nun die modernen Rechtsquellentheorien, um dies erklären zu können, alle sozialen Normen, die der Beamte anwendet, zu Rechtsnormen erheben und sich so in eine Reihe von Widersprüchen mit der Rechtslogik, die eine Parallelität von Rechtsquellen negiert, verwickeln, löst sich hier das Problem völlig harmonisch auf, indem einerseits die formale Relation der Ermessungshandlung zur Rechtsordnung erkannt wird, weshalb die ganze Handlung, da sie in die Rechtsform paßt, Staatshandlung ist, andrerseits aber auch auf die gesellschaftliche Funktion des Beamten verwiesen wird, da auch außerrechtliche Normen von ihm Gehorsam erheischen. Diese darf er zwar nicht befolgen — will er überhaupt Staatsorgan sein — soweit seine Handlung inhaltlich vom Gesetze determiniert ist, im Ermessensspielraum aber darf er rechtlich und soll er ethisch-sozial als Gesellschaftsorgan zum Nutzen des Kollektivums tätig sein. Füllt er daher den gesetzlich undeterminierten Inhalt irgend welchen sozialen Normen entsprechend aus, so wendet er materiell diese an und handelt im Gegensatz zur despotischen Willkür nach freiem Ermessen.

Da ist es nun Aufgabe der praktisch konstruktiven Jurisprudenz — im Sinne Kleins —, den Richter anzuweisen, „mit eigener Kraft im Rahmen der gegebenen Normen den erwünschten Zustand herbeizuführen"[83]) und so z. B. zu versuchen, „den Exekutionsvollzug nach richtigen wirtschaftlichen[84]) Grundsätzen zu gestalten".[85]) Als Inaugurator dieser Methode[86]) kann kein geringerer als Josef Unger gelten, der nicht nur „unser Erlöser vom Buchstabendienst"[87]), sondern auch von den Fesseln des Historiums war. Wenn so auch außerrechtliche Wertungen, die sich in Judikatur und Literatur offenbaren, für die Entscheidungen von Bedeutung sind, tritt neben die auf die Erkenntnis der Privatrechtsnormen gerichtete reine Zivilrechtswissenschaft eine Entscheidungslehre, ebenso wie neben der Verwaltungsrechtswissenschaft eine Verwaltungslehre besteht.

Eine totale Verwirrung der ganzen Terminologie bedeutet aber der Ausspruch von Fuchs, daß die wahre Rechtswissenschaft genau da anfange, „wo die dogmatische, systematische, konstruktive Jurisprudenz, wo das BGB. und die ZPO. aufhören".[88])

Vollkommen richtig ist daher die Behauptung Ehrlichs, daß die Rechtsprechung „immer eine Resultante verschiedener auf den Richter einwirkender Kräfte"[89]) ist. „Der Sinn und Wortlaut einer Rechtsnorm ist eine von diesen Kräften, aber er ist nicht der einzige. Jede Entscheidung bringt eine tatsächlich vorhandene gesellschaftliche Strömung zum Ausdruck."[89]) [90]) Daraus folgt aber noch nicht, wie Ehrlich irrig schließt, daß diese gesellschaftlichen Normen dadurch zu Rechtsnormen werden. Denn der Richter braucht sie — die ja keineswegs einheitlicher Natur sind — rechtlich nicht anzuwenden und hat jedenfalls nach eigener Überzeugung zwischen ihnen zu wählen.

Rechtliche Inhaltsfreiheit besteht demnach nicht bloß in den Ländern des common law, sondern auch in jedem Gesetzesstaate, so daß auch hier der Richter zum Teile nach freiem Ermessen

---

[83]) Klein, Vorlesungen über die Praxis des Zivilprozesses, S. 13.

[85]) Klein, a. a. O., S. 16.

[86]) Vgl. Unger, System des österr. allgemeinen Privatrechts, 1. Bd. S. 71.

[87]) Ofner, Unger †, Österr. Zentralblatt für die juristische Praxis, 31. Bd. 8. und 9. Heft.

[88]) Fuchs, Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, Karlsruhe i. B., 1909, S. 160.

[89]) Ehrlich, a. a. O., S. 35.

[90]) Vgl. Spiegel, a. a. O., S. 42f.

vorgehen kann. Ja der Gesetzesstaat weist gerade da einen Vorzug auf, indem er diese Freiheitssphäre garantiert. Denn hier, wo das Gesetz, aber auch nur die in Gesetzesform erscheinende Norm den Richter bindet, bleibt der Ermessensspielraum, solange das Gesetz nicht geändert wird, immer gleich groß und kann individuell bei jedem Einzelfalle den fortschreitenden Kulturbedürfnissen entsprechend vom Richter ausgefüllt werden.

In den Ländern der sogenannten freien Rechtsfindung dagegen, in denen nach Ehrlich der Richter auch an Entscheidungen und Überlieferungen gebunden ist, verengert sich der Freiheitsraum mit jedem Richterspruche immer mehr und mehr, wenn natürlich auch hier eine totale inhaltliche Bindung niemals erreicht wird.

Die Stellung des Rechtsanwenders zu den Rechtsquellen kann so niemals, soll er überhaupt Recht finden, eine vollkommen freie sein. Ob dieses Recht kodifiziert ist oder nicht, bleibt in diesem Punkte gleichgültig. Ein freies Recht wäre ja eine contradictio in adjecto, da das Wesen jedes Rechtes in der Bindung liegt, die, wie schon ausgeführt, allerdings nur eine formale zu sein braucht. So könnte — im Falle gesetzlicher Normierung — auch in Gesetzesstaaten die loseste inhaltliche Bindung und in Staaten mit ungeschriebenem Rechte die größte bestehen, wie aus der obigen Behauptung Ehrlichs selbst hervorgeht. Kodifiziertes Recht ist hiemit kein sicheres Kennzeichen der inhaltlichen Gebundenheit, ebensowenig wie unkodifiziertes ein Kriterium der richterlichen Freiheit bildet.

Nachdem so gezeigt wurde, daß ein freier Ermessensspielraum auch in Gesetzesstaaten gewahrt bleibt, sind die Bedenken der gemäßigten Richtung der Freirechtsbewegung, die eine bezügliche Reformierung der Rechtsordnung anstreben, erledigt und es spitzt sich das Problem der radikaleren Strömung auf die Frage zu, ob die behördlich Bindung — soweit sie noch aufrecht erhalten wird — durch das Gesetz oder durch andere sozialen Normen erfolgen soll.

Obwohl hier nicht Rechtspolitik betrieben werden soll, in der sich natürlich, wie in jeder Politik, eine objektive Übereinstimmung über die Vorteile oder Nachteile einer Institution nicht erzielen läßt und letzten Endes immer die subjektive Weltanschauung darüber entscheiden wird, seien doch wenige Worte darüber erlaubt.

Der Streit über den Vorzug eines gerechten Königs oder guter Gesetze ist uralt und prinzipiell unlösbar. Ins Moderne übertragen lautet diese rechtspolitische Frage, ob es besser sei, abstrakte Rechtsnormen aufzustellen oder ob „die verfassungsmäßigen Gesetzesgebungsfaktoren"[91]) entthront und die Richter ermächtigt werden sollen, bei jedem Einzelfalle je nach dem Verkehrsbedürfnisse souverän zu entscheiden, was Rechtens sei. Jede Entscheidung würde hier also als richtig gelten, die der Richterkönig setzt, so daß faktisch jede Bindung aufgehört hätte. Zwar ist es rechtslogisch noch eine Rechtshandlung, wenn sich ein Rechtssatz nachweisen läßt, der prinzipiell jede Entscheidung dem Staate zurechnet, da dann die formale Beziehung zur Rechtsordnung noch gegeben ist. Ein solcher Rechtssatz ist aber ohne praktische Bedeutung, weil er den ganz gleichen Effekt wie kein Rechtssatz hat. Materiell käme dies einer Vernichtung des modernen Verfassungsrechtsstaates gleich.

Nichts anderes als der Wunsch nach Verwirklichung des platonischen Ideals in diesem Punkte bedeuten aber die Sirenenrufe „Los vom Gesetz". Mit der Verwirklichung dieses Postulates wäre jedoch jeder sichere Halt verloren. Es würde dann „an Stelle des einengenden Zwanges . . . das subjektive Belieben treten, das allemal einen Niedergang bedeutet, da es von allem innerlich Richtigen abführt und in der Schlucht des Unbegründeten versinkt".[92]) Denn die von Stammler so treffend gegeiselten Phrasen der sogenannten soziologischen Jurisprudenz, das die Verkehrsbedürfnisse abzuwägen und die realen Interessen zu berücksichtigen seien, weisen ebensowenig wie die Redereien von einer induktiven Betrachtungsweise oder die Verweisungen auf das soziale Empfinden einen Weg auf, „nach welcher Methode" diese Abwägungen zu geschehen haben und „in was für einer grundlegenden Art und Weise des Urteilens"[93]) „die richtige Entscheidung"[94]) auszuwählen sei. Richtig schreibt auch Jung, daß, man bei der Berufung auf die sogenannten Verkehrsbedürfnisse, beziehentlich auf deren vielfache Synonyme häufig so tut, als ob man dabei ein objektiv logisches Merkmal gefunden habe"[95]) und sich nicht klar machen will, daß man bei solcher Berufung auf das Be-

[91]) Fuchs, a. a. O., S. 12.
[92]) Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, S. 746.
[93]) Stammler, a. a. O., S. 739.
[94]) Stammler, a. a. O., S. 739.
[95]) Jung, a. a. O., S. 34.

dürfnis, das Interesse usw. allemal lediglich eine Schätzung vornimmt, ein subjektives Werturteil fällt".[95]) [96])

Eine klare und feste Normierung ist vielmehr nur durch das Gesetz zu erzielen, was — wie schon gezeigt wurde — ja gar nicht hindert, einen Ermessensspielraum freizulassen.

„Die konkrete politische Forderung" aber „alles heutige zwingend geformte Recht seines zwingenden Charakters zu entkleiden" muß mit Stammler „als ein für unsere Tage und Zustände"[97]) innerlich unbegründetes Verlangen abgelehnt werden.[98])

Wie eine Ironie des Schicksals mutet es nun an, wenn zu einer Zeit, da in Europa nach freiem Rechte gerufen wird, jenseits des Ozeans schwere Anklagen gerade gegen die richterliche Freiheit erhoben werden und eine Bindung an gesetzliche Normen gefordert wird. L. B. Boudin[99]) hat an reichem Materiale dargetan, wie in Nordamerika die Richter zu Gunsten der Trust- und Industriemagnaten die dehnbaren Normen des common law interpretieren, weshalb eine Unterwerfung unter klare Gesetze verlangt wird.

Denn gerade bei einer hohen und differenzierten Kultur, wo „das einheitliche Individuum im Schnittpunkte mehrerer sozialer, ideeller oder überhaupt irgendwie fordernder Kreise"[100]), kurz, gegenüber einer Vielheit gesellschaftlichen Sollens steht, indem es „an immer mannigfaltiger aufwachsenden Gebilden sozialer und religiöser, ideeller und beruflicher Art"[101]) teil hat, wird auch das Organ vor diesem Pflichtenkonflikte stehen und so immer verleitet sein, im Sinne seiner Klasse und seines Milieus zu entscheiden, wenn ihm diese Möglichkeit ganz in die Hand gegeben ist.

Nur bei klarer Normierung besteht demnach die Garantie, daß ein die Klasseninteressen überragendes Sollen angewendet wird. Nichts anderes als das Symbol der Geltung solcher objektiver, im Gesetzgebungsprozesse erzeugter Normen bedeutet aber die Verwendung der von Ehrlich verspotteten Gesetzesmarke. Denn erst

---

96) Vgl. Géza Kiss, Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht, S. 52.

97) Stammler, a. a. O., S. 733.

98) Vgl. Spiegel, a. a. O., S. 34.

99) L. B. Bondin, Counselor at law New-York, Der Kampf der Arbeiterklasse gegen die richterliche Gewalt in den Vereinigten Staaten (Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung von Grünberg, 4. Jahrg., 1. Heft).

100) Simmel, Hauptprobleme der Philosophie, S. 153.

101) Simmel, a. a. O., S. 155.

durch sie wird die Entscheidung als von der Rechtsordnung gewollt hingestellt und eine objektive Überprüfung ermöglicht. Im Gesetzgebungsprozesse vollzieht sich so, trotzdem er im Zeichen sozialen Kampfes abläuft, gleichzeitig jene eigentümliche Klassenvermählung, als deren Frucht die Rechtsnorm erscheint, die im Momente ihres Ingeltungtretens schon sich über ihre Schöpfer erhebt und alle Parteien gleichmäßig unter ihre Herrschaft beugt.

Der Einzelne dagegen ist viel zu schwach, um großen Rechtsreformen zum Durchbruche zu verhelfen und besitzt zu wenig Autorität, um zwischen diametral widerstrebenden Macht- und Klasseninteressen entscheiden zu können, was — um im Sinne Nietzsches zu sprechen — nur die eiserne Klammer des Gesetzes vermag. Auch Plato ist vom behördlichen Imperialismus der **Πολιτεία** zu den **νόμοι** zurückgekehrt.
